SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Segunda)
de 16 de junio de 2005 *

En los asuntos acumulados C-462/03 y C-463/03,

que tienen por objeto sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas, con arreglo al artículo 234 CE, por el Bundesvergabeamt (Austria), mediante resoluciones de 27 de octubre de 2003, registradas en el Tribunal de Justicia el 4 de noviembre de 2003, en los procedimientos entre

Strabag AG (asunto C-462/03),

Kostmann GmbH (asunto C-463/03)

y

Österreichische Bundesbahnen,

* Lengua de procedimiento: alemán.

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Segunda),

integrado por el Sr. C.W.A. Timmermans (Ponente), Presidente de Sala, y la Sra. R. Silva de Lapuerta y los Sres. R. Schintgen, G. Arestis y J. Klučka, Jueces;

Abogado General: Sr. P. Léger;
Secretario: Sr. R. Grass;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos;

consideradas las observaciones escritas presentadas:

— en nombre de Strabag AG, por el Sr. W. Mecenovic, Rechtsanwalt;

— en nombre de Kostmann GmbH, por el Sr. R. Kurbos, Rechtsanwalt,

— en nombre de los Österreichische Bundesbahnen, por el Sr. J. Schramm, Rechtsanwalt;

— en nombre del Gobierno austriaco, por el Sr. M. Fruhmann, en calidad de agente;

— en nombre del Gobierno francés, por los Sres. G. de Bergues y D. Petrausch, en calidad de agentes;

— en nombre del Gobierno neerlandés, por la Sra. S. Terstal y el Sr. N.A.J. Bel, en calidad de agentes;

— en nombre de la Comisión de las Comunidades Europeas, por el Sr. K. Wiedner, en calidad de agente;

vista la decisión adoptada por el Tribunal de Justicia, oído el Abogado General, de que el asunto sea juzgado sin conclusiones;

dicta la siguiente

Sentencia

1 Las peticiones de decisión prejudicial versan sobre la interpretación del artículo 2, apartado 2, letra c), de la Directiva 93/38/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993,

sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (DO L 199, p. 84).

2 Dichas peticiones se plantearon en el marco de sendos litigios entre Strabag AG (en lo sucesivo, «Strabag») y Kostmann GmbH (en lo sucesivo, «Kostmann»), por un lado, y la Österreichische Bundesbahnen (Red Nacional de los Ferrocarriles Austriacos; en lo sucesivo, «ÖBB»), por otro lado, relativos a la adjudicación a empresas competidoras de éstas de contratos referentes a la construcción y al desdoblamiento de vías férreas y que tenían por objeto, en particular, la realización de obras de excavación, nivelado y hormigonado, así como la construcción de puentes y obras ferroviarias.

Marco jurídico

Normativa comunitaria

3 El artículo 1 de la Directiva 93/38 define algunos conceptos que ésta utiliza. Así, a tenor de los puntos 1, 2, 4 y 7 de dicho artículo, se entenderá por:

«1) *poderes públicos:* el Estado, las entidades territoriales, los organismos de Derecho público, las asociaciones formadas por una o varias de dichas entidades o de dichos organismos de Derecho público.

Se considerará como organismo de Derecho público, cualquier organismo que:

— haya sido creado para satisfacer específicamente necesidades de interés general, que no [sean] de carácter industrial o comercial,

— tenga una personalidad jurídica propia, y

— esté financiado, mayoritariamente, por el Estado, las entidades territoriales u otros organismos de Derecho público: o su gestión esté sujeta a un control por parte de estos organismos; o tenga un órgano de administración, de dirección o de supervisión más de la mitad de cuyos miembros son nombrados por el Estado, por las entidades territoriales o por otros organismo de Derecho público;

2) *empresas públicas:* aquellas sobre las que los poderes públicos puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante por el hecho de tener la propiedad o una participación financiera en las mismas, o en virtud de las normas que las rigen. Se considerará que los poderes públicos ejercen una influencia dominante, directa o indirectamente, sobre una empresa, cuando:

— tengan la mayoría del capital suscrito de la empresa, o

— dispongan de la mayoría de los votos correspondientes a las participaciones emitidas por la empresa, o

— puedan nombrar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, dirección o supervisión de la empresa;

[...]

4) *contratos [...] de obras [...]:* los contratos a título oneroso celebrados por escrito entre una de las entidades contratantes mencionadas en el artículo 2 y un [...] contratista [...] y que tengan por objeto [...] bien la ejecución, bien la ejecución y concepción en forma conjunta, o bien la realización, por el medio que fuere, de obras de construcción o de ingeniería civil mencionadas en el Anexo XI. Tales contratos podrán incluir, además, los suministros y los servicios necesarios para su ejecución [...].

[...]

7) *procedimientos abiertos, restringidos o negociados:* los procedimientos de adjudicación que las entidades contratantes aplican y en virtud de los cuales:

a) en el caso del procedimiento abierto, cualquier suministrador, contratista o prestador de servicios interesado puede presentar ofertas;

b) en el caso del procedimiento restringido, sólo pueden presentar ofertas los candidatos invitados por la entidad contratante;

c) en el caso del procedimiento negociado, la entidad contratante consulta con los suministradores, contratistas o prestadores de servicios de su elección y negocia las condiciones del contrato con uno o varios de ellos.»

4 A tenor del artículo 2, apartado 1, de la Directiva 93/38, ésta se aplicará a las «entidades contratantes que:

a) sean poderes públicos o empresas públicas y realicen alguna de las actividades contempladas en el apartado 2;

[...]»

5 Las actividades comprendidas dentro del ámbito de aplicación de dicha Directiva, a las que se hace alusión en el apartado 1 del mismo artículo, se hallan descritas en el artículo 2, apartado 2, de la propia Directiva y son las siguientes:

«a) la puesta a disposición o la explotación de redes fijas que presten un servicio al público en relación con la producción, transporte o distribución:

i) de agua potable; o

ii) de electricidad; o

iii) de gas o de calefacción;

o el suministro de agua potable, electricidad, gas o calefacción a dichas redes;

b) la explotación de una zona geográfica determinada para:

i) la prospección o extracción de petróleo, gas, carbón u otros combustibles sólidos; o

ii) la puesta a disposición de los transportistas aéreos, marítimos o fluviales, de los aeropuertos, de los puertos marítimos o interiores o de otras terminales de transporte;

c) la explotación de redes que presten un servicio público en el campo del transporte por ferrocarril, sistemas automáticos, tranvía, trolebús, autobús o cable.

En cuanto a los servicios de transporte, se considera que existe una red cuando el servicio se presta con arreglo a las condiciones establecidas por una autoridad

competente de un Estado miembro, tales como las condiciones relativas a los itinerarios, a la capacidad de transporte disponible o a la frecuencia del servicio;

d) la puesta a disposición o la explotación de redes públicas de telecomunicaciones o el suministro de uno o más servicios públicos de telecomunicaciones.»

6 El artículo 4, apartado 1, de la Directiva 93/38 dispone:

«Para adjudicar sus contratos de suministros, de obras y de servicios, o para organizar sus concursos de proyectos, las entidades contratantes aplicarán los procedimientos que se adapten a las disposiciones de la presente Directiva.»

7 El artículo 6, apartado 1, de la misma Directiva establece que ésta «no se aplicará a los contratos o a los concursos de proyectos que las entidades contratantes celebren u organicen para fines distintos de la prosecución de sus actividades mencionadas en el apartado 2 del artículo 2, ni para la prosecución de dichas actividades en un país tercero, en circunstancias que no supongan la explotación física de una red o de un área geográfica dentro de la Comunidad».

8 Finalmente, a tenor del artículo 20, apartado 1, de la Directiva 93/38, «las entidades contratantes podrán elegir cualquiera de los procedimientos definidos en el

apartado 7 del artículo 1 siempre que, salvo lo dispuesto en el apartado 2, se haya efectuado una convocatoria de licitación con arreglo al artículo 21». El citado apartado 2 enumera precisamente aquellos casos en los que las entidades contratantes podrán utilizar un procedimiento sin convocatoria de licitación previa.

Normativa nacional

Ley federal de 1997 sobre la adjudicación de los contratos públicos

9 En Derecho austriaco, la Ley federal de 1997 sobre la adjudicación de los contratos públicos [Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz) 1997, BGBl. I, 56/1997; en lo sucesivo, «BVergG 1997»] ejecutó la Directiva 93/38. A tenor del artículo 84, apartados 1, 2 y 4, que figura en el capítulo 5 de dicha Ley, que lleva el encabezamiento «Disposiciones especiales aplicables a las entidades contratantes en los sectores del agua, de la energía y de los transportes, así como en el sector de las telecomunicaciones»:

«(1) Únicamente será de aplicación lo dispuesto en este capítulo si las entidades contratantes a que se refiere la presente Ley ejercen una actividad en el sentido del apartado 2 [...].

(2) Las actividades contempladas en el apartado 1 son las siguientes:

1. La puesta a disposición o la explotación de redes fijas [...]

2. La explotación de un área geográfica delimitada a los fines de [...]

3. La explotación de redes fijas destinadas a prestar un servicio al público en el sector del transporte por ferrocarril, sistemas automáticos, tranvía, autobús, trolebús o cable;

4. La puesta a disposición o la explotación de redes públicas de telecomunicaciones o la prestación de uno o de varios servicios de telecomunicaciones.

[...]

(4) Por lo que atañe a los servicios de transporte a que se refiere el apartado 2, punto 3, se considera que existe una red cuando se presta el servicio en las condiciones establecidas por una autoridad competente, como son las condiciones relativas a los itinerarios que deben seguirse, la capacidad de transporte disponible o la frecuencia del servicio [...]»

10 El artículo 113 de la BVergG 1997 regula las competencias del Bundesvergabeamt (Oficina federal de adjudicaciones). Dicho precepto establece:

«(1) El Bundesvergabeamt será competente para tramitar los procedimientos en los recursos que se interpongan ante él, conforme a lo dispuesto en el capítulo siguiente.

(2) Con objeto de poner fin a las infracciones de la presente Ley federal y de sus reglamentos de aplicación el Bundesvergabeamt será competente, hasta la adjudicación del contrato, para:

1. adoptar medidas cautelares, y

2. anular las resoluciones ilegales de la entidad adjudicadora del órgano de contratación.

(3) Tras la adjudicación del contrato o una vez finalizado el procedimiento de adjudicación, el Bundesvergabeamt será competente para determinar si la adjudicación no se hizo al mejor postor a causa de una infracción de la presente Ley federal o de sus reglamentos de aplicación [...]»

La Ley federal de 2002 sobre la adjudicación de los contratos públicos

11 La BVergG 1997 fue derogada y sustituida, a partir del 1 de septiembre de 2002, por una nueva Ley federal sobre la adjudicación de los contratos públicos [Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz) 2002, BGBl. I, 99/2002; en lo sucesivo, «BVergG 2002»]. El artículo 120 de esta última Ley incorpora, en gran medida, lo dispuesto en el artículo 84 de la BVergG 1997. A diferencia de este último artículo, el citado artículo 120, apartado 2, punto 3, dispone, no obstante, por lo que atañe al sector de los transportes, que tanto la explotación como la puesta a disposición destinadas a prestar un servicio al público en el ámbito del transporte por ferrocarril, sistemas automáticos, tranvía, autobús, trolebús o cable figuran entre las actividades contempladas en su apartado 1, y a las que se aplica, en consecuencia, el régimen específico previsto en la Directiva 93/38.

12 En lo que se refiere a las competencias atribuidas al Bundesvergabeamt, la BVergG 2002 se inspira también, en gran medida, en lo dispuesto en la BVergG 1997, ya que el artículo 162 de la BVergG 2002 incorpora, en particular, con algunas modificaciones, lo dispuesto en el artículo 113 de la BVergG 1997.

13 El artículo 188 de la BVergG 2002, relativo a la entrada en vigor de dicha Ley y a la derogación de la BVergG 1997, especifica, en su apartado 1, que la BVergG 2002 no será de aplicación a los procedimientos de adjudicación de contratos iniciados antes de la fecha de su entrada en vigor. En consecuencia, el apartado 3 del mismo artículo

establece que, si se hubieran interpuesto recursos ante el Bundesvergabeamt antes del 1 de septiembre de 2002, este órgano jurisdiccional está obligado en principio a proseguir el examen de dichos recursos con arreglo a lo dispuesto en la BVergG 1997, en su versión publicada en el BGBl. I, 136/2001.

14 En virtud de la segunda frase de la misma disposición, esta norma no será de aplicación, sin embargo, cuando se suspenda el procedimiento o la petición de decisión prejudicial [...]. En efecto, en estos dos supuestos, el Bundesvergabeamt está obligado, después de haberse pronunciado sobre la cuestión que dio lugar a la citada suspensión o tras la recepción de la decisión prejudicial, a continuar el procedimiento con arreglo a la BVergG 2002.

Litigios principales y cuestiones prejudiciales

15 Los litigios principales tienen sus orígenes en hechos similares. Comenzaron cuando la entidad ÖBB, sociedad cuyo capital pertenece íntegramente al Estado austriaco y cuya misión consiste, conforme al artículo 1, apartado 3, de la Ley Federal de Ferrocarriles de 1992 (Bundesbahngesetz 1992, BGBl. 825/1992), en garantizar el transporte de personas y bienes así como en construir y en mantener las infraestructuras necesarias para ello, dictó una resolución por la que se excluían las ofertas presentadas por las sociedades demandantes en el asunto principal y se adjudicaban a empresas competidoras de estas últimas los contratos de obras de que se trata en estos dos asuntos. Tanto Strabag como Kostmann manifiestan, en esencia, su disconformidad con la utilización por ÖBB del procedimiento negociado de adjudicación de los contratos.

Asunto C-462/03

16 Mediante comunicación de 29 de octubre de 2000, ÖBB ordenó publicar en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* un anuncio de licitación que tenía por objeto la realización de distintas obras de infraestructuras en hormigón armado y la construcción de obras ferroviarias así como de puentes de ferrocarril.

17 Catorce empresas de construcción, entre las cuales se hallaban Strabag y Kostmann, presentaron una oferta en el marco de dicho contrato. No obstante, las ofertas de estas últimas fueron excluidas. Al habérsele comunicado, mediante fax de 5 de julio de 2002, el nombre del adjudicatario elegido por ÖBB, Strabag decidió interponer un recurso contra la resolución por la que se adjudicaba el citado contrato ante el Bundesvergabeamt, al que solicitó, con arreglo al artículo 113, apartado 2, de la BVergG 1997, por un lado, que anulara tal resolución y, por otro, que adoptara medidas provisionales consistentes, en el presente caso, en dirigir una orden conminatoria al órgano de contratación con objeto de impedir la celebración del contrato de que se trata antes de que se hubiera dictado una resolución sobre el fondo del recurso.

18 En una primera resolución adoptada el 22 de julio de 2002, es decir el mismo día que se celebró el contrato entre ÖBB y la empresa adjudicataria, el Bundesvergabeamt acordó admitir a trámite la demanda de medidas provisionales y dictó la orden conminatoria solicitada por Strabag.

19 En una segunda resolución, de fecha 30 de agosto de 2002, dicho órgano jurisdiccional, pronunciándose sobre el fondo del asunto, declaró, no obstante, que

la adjudicación que se había efectuado se ajustaba a las normas nacionales y comunitarias que regulan los contratos públicos, de forma que ya no era posible estimar la pretensión de anulación del citado contrato. Sin embargo, en esta misma resolución, el Bundesvergabeamt declaró que la utilización del procedimiento negociado de adjudicación de contratos era contraria a Derecho. El citado órgano jurisdiccional se fundó, en este punto, en el hecho de que el proyecto de infraestructuras que se cuestiona en el asunto principal versaba sobre una «puesta a disposición» de una red de transporte público y, por consiguiente, no podía considerarse una actividad comprendida dentro del sector al que se refiere el artículo 84, apartado 2, punto 3, de la BVergG 1997. En opinión del Bundesvergabeamt, tal declaración de ilegalidad no exige, sin embargo, que se plantee al Tribunal de Justicia una cuestión sobre la interpretación de la normativa comunitaria, dado que las referidas disposiciones del Derecho nacional son inequívocas y reflejan fielmente, sobre este extremo, lo dispuesto en la Directiva 93/38 y, más concretamente, el tenor del artículo 2, apartado 2, letra c), de ésta.

20 A raíz de la adopción de esta última resolución, Strabag, por un lado, interpuso un recurso contra ésta ante el Verfassungsgerichtshof, alegando en particular que el Bundesvergabeamt había desestimado indebidamente la petición de remisión prejudicial que dicha entidad había presentado. Por otro lado, Strabag solicitó al Bundesvergabeamt que declarara, en virtud del artículo 113, apartado 3, de la BVergG 1997, que el contrato no se había adjudicado al mejor postor, como consecuencia de una infracción de esta Ley. La referida sociedad se basó, a este respeto, en la afirmación de este mismo órgano jurisdiccional según la cual la elección por ÖBB del procedimiento negociado de adjudicación de los contratos no era correcta. Esta última petición, formulada el 30 de agosto de 2002, llegó al Bundesvergabeamt el 2 de septiembre siguiente, es decir, un día después de la entrada en vigor de la BVergG 2002.

21 En estas circunstancias, al considerar el Bundesvergabeamt que estaba ante una cuestión que requería una interpretación del Derecho comunitario, habida cuenta, en particular, de la nueva redacción de la disposición de la Ley federal austriaca reguladora del sector de los transportes, a saber, el artículo 120, apartado 2, punto 3, de este Ley y de las diferencias existentes, tanto a nivel terminológico como

lingüístico, entre los supuestos contemplados, por una parte, en el artículo 2, apartado 2, letras a) y d), de la Directiva 93/38 y las evocadas, por otra parte, en el mismo apartado, letras b) y c), decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:

«1) ¿Debe interpretarse el artículo 2, apartado 2, letra c), de la Directiva 93/38/CEE, en el sentido de que, a diferencia de otros supuestos previstos en el artículo 2, apartado 2, de la citada Directiva, se debe considerar que la explotación de redes es la "única" actividad propia del sector de los transportes?

2) ¿Qué actividades comprende el concepto de "explotación de redes que prestan un servicio público en el campo del transporte por ferrocarril" con arreglo al artículo 2, apartado 2, letra c), de la Directiva 93/38/CEE? En particular, ¿en qué medida dicho concepto debe incluir las acciones en materia de infraestructuras? ¿En qué medida ese tipo de acciones en materia de infraestructuras deben incluirse en el concepto de "puesta a disposición de redes"?

3) En la medida en que, en el ámbito del transporte (por ferrocarril), únicamente esté sujeta a la Directiva 93/38/CEE la explotación de redes (en caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión): ¿debe una autoridad nacional de control de la adjudicación de contratos públicos dejar sin aplicar una disposición nacional con arreglo a la cual, en contra de lo dispuesto en la Directiva 93/38/CEE, también se considera como actividad propia del sector de los transportes la "puesta a disposición de redes para la prestación de un servicio público en el ámbito del transporte por ferrocarril"?»

22 Según se ha señalado en el apartado 15 de la presente sentencia, los hechos que dieron lugar a este segundo asunto son análogos a los que originaron el asunto C-462/03. A raíz de la publicación, por ÖBB, de distintos anuncios de licitación relativos a la realización de diversas obras de excavación, perforado, nivelado y hormigonado, así como a la construcción de puentes, pozos, túneles y pasos subterráneos relacionados con la construcción o el desdoblamiento de determinadas vías férreas, Kostmann presentó distintas ofertas con el fin de que se le adjudicaran dichos contratos.

23 Cuando ÖBB le comunicó que no se había aceptado la oferta que había presentado en el marco del primer contrato, y que éste se le había adjudicado a una empresa de la competencia, Kostmann solicitó al Bundesvergabeamt, mediante escrito de 13 de diciembre de 2000, que declarara que el contrato no le había sido adjudicado al mejor postor, con arreglo al artículo 113, apartado 3, de la BVergG 1997, debido, en su opinión, a la utilización injustificada del procedimiento negociado, infringiendo dicha Ley.

24 La legalidad de la utilización de este último procedimiento se cuestiona asimismo en el contencioso que opone a Kostmann y a ÖBB por lo que atañe a los demás anuncios de licitación publicados a petición de éstas en el marco de los recursos de anulación interpuestos ante este mismo órgano jurisdiccional mediante sendos escritos de 13 de diciembre de 2000 y 13 de enero de 2001, es decir, tan sólo varios días después de la publicación de los citados anuncios en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*. También en estos asuntos, se habían adjudicado los contratos a empresas competidoras de la demandante en el asunto principal, después de que fuera desestimada, en algunos casos, la demanda de medidas provisionales que ésta había presentado.

25 La alegación expuesta ante el Bundesvergabeamt en estos procedimientos es esencialmente la misma que originó el asunto C-462/03. ÖBB defiende la utilización

del procedimiento negociado de adjudicación de los contratos alegando que los proyectos de infraestructuras que habían dado lugar a los distintos anuncios de licitación pertenecen al sector a que se refieren el artículo 2, apartado 2, letra c), de la Directiva 93/38 y la disposición correspondiente de la BVergG 1997, de forma que, conforme al artículo 20, apartado 1, de la citada Directiva, la entidad contratante podía elegir libremente entre utilizar un procedimiento abierto, restringido o negociado. En cambio, Kostmann sostiene que ÖBB debía acudir a las normas ordinarias de adjudicación de los contratos y, en particular, a las contenidas en la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DO L 199, p. 54), la cual prevé únicamente una utilización del procedimiento negociado con carácter excepcional, dado que las obras de infraestructura que se cuestionan en el asunto principal no figuran entre las actividades correspondientes al sector contemplado en el artículo 2, apartado 2, letra c), de la Directiva 93/38.

26 En estas circunstancias, al considerar que el contenido de esta última Directiva requería una interpretación, el Bundesvergabeamt decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia tres cuestiones prejudiciales cuya formulación es idéntica a la de las cuestiones recogidas en el apartado 21 de la presente sentencia.

27 Mediante auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 16 de enero de 2004, se acumularon los asuntos C-462/03 y C-463/03 a los fines de las fases escrita y oral del procedimiento así como de la sentencia.

Sobre la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales

28 En las observaciones que ha presentado ante el Tribunal de Justicia, la Comisión de las Comunidades Europeas, con carácter preliminar, manifiesta sus dudas acerca de la admisibilidad de las cuestiones planteadas. Sobre este particular, alega que estas

últimas tienen un carácter puramente teórico, dado que ÖBB tiene la condición de entidad adjudicadora que ejerce una actividad específicamente mencionada en el artículo 2, apartado 2, letra c), de la Directiva 93/38 y que los proyectos de infraestructuras que se cuestionan en el asunto principal guardan una relación directa con dicha actividad. Por consiguiente, en relación con los asuntos principales, carece de toda relevancia la cuestión de si la puesta a disposición de redes de ferrocarril se rige, en general, por lo dispuesto en el apartado 2, letra c), del referido artículo.

29 A este respecto, debe recordarse que, según reiterada jurisprudencia, corresponde en principio exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional que conoce del litigio, y que ha de asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que debe adoptarse, apreciar a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia, como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia. La negativa de este último a pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional sólo es posible, por tanto, cuando resulta evidente que la interpretación del Derecho comunitario solicitada no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a la cuestiones planteadas (véanse, en particular, las sentencias de 22 de enero de 2002, Canal Satélite Digital, C-390/99, Rec. p. I-607, apartados 18 y 19; de 27 de febrero de 2003, Adolf Truley, C-373/00, Rec. p. I-1931, apartados 21 y 22, y de 5 de febrero de 2004, Schneider, C-380/01, Rec. p. I-1389, apartados 21 y 22).

30 En el presente caso, no consta claramente que las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional correspondan a alguno de dichos supuestos.

31 En efecto, por una parte, no puede afirmarse que la interpretación del Derecho comunitario solicitada no guarde relación alguna con la realidad o con el objeto de

los litigios principales ni que el problema planteado sea de naturaleza hipotética, ya que la apreciación por el referido órgano jurisdiccional de la legalidad de la utilización del procedimiento negociado de adjudicación de los contratos depende, en particular, de la cuestión de si los proyectos de infraestructuras que se cuestionan en el asunto principal están comprendidos o no dentro del ámbito de aplicación material de la Directiva 93/38.

32 Por otra parte, el Bundesvergabeamt ha facilitado al Tribunal de Justicia todos los elementos necesarios para que pueda dar una respuesta adecuada a las cuestiones planteadas.

33 Por lo tanto, debe declararse la admisibilidad de éstas.

Sobre las cuestiones primera y segunda

34 Mediante sus dos primeras cuestiones, que deben examinarse conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente pide, en esencia, que se dilucide el ámbito de aplicación material de la Directiva 93/38. Efectivamente, tanto de las explicaciones dadas en las resoluciones de remisión como de las observaciones formuladas ante el Tribunal de Justicia se desprende que el Bundesvergabeamt pretende saber, mediante sus cuestiones relativas al alcance de los términos «explotación» y «puesta a disposición» de redes de transporte, si los proyectos de infraestructuras que se cuestionan en el asunto principal figuran entre las actividades incluidas en el sector al que se refiere el artículo 2, apartado 2, letra c), de la citada Directiva y si la entidad contratante podía, en consecuencia, establecer excepciones a las normas ordinarias de adjudicación de los contratos contenidas en la Directiva 93/37 y aplicar las establecidas en la Directiva 93/38, autorizando una utilización más amplia del procedimiento negociado.

35 Debe recordarse a este respecto, por un lado, que, según el artículo 2, apartado 1, letra a), de la Directiva 93/38, ésta se aplicará a las entidades contratantes que sean poderes públicos o empresas públicas y que realicen alguna de las actividades contempladas en el apartado 2 del mismo artículo.

36 Por otra parte, del artículo 4, apartado 1, de la citada Directiva se deduce que, para adjudicar sus contratos de suministros, de obras y de servicios, o para organizar sus concursos de proyectos, las entidades contratantes aplicarán los procedimientos que se adapten a las disposiciones de la misma Directiva.

37 Según ha señalado con razón la Comisión en sus observaciones escritas, de la lectura conjunta de estas dos disposiciones se desprende que la aplicabilidad de la Directiva 93/38 depende de la actividad que ejerza la entidad contratante de que se trata así como de los vínculos existentes entre esta misma actividad y el contrato que tenga previsto celebrar la referida entidad. Si esta última ejerce una de las actividades contempladas en el artículo 2, apartado 2, de la Directiva 93/38, y proyecta en el ejercicio de tal actividad, lo que incumbe verificar al juez nacional, adjudicar contratos de servicios, de obras o de suministros, o bien organizar un concurso, será de aplicación al citado contrato o concurso lo dispuesto en la referida Directiva. En caso contrario, el mencionado contrato o concurso se regirá por las normas contenidas en las Directivas reguladoras, según los casos, de los contratos de servicios, de obras o de suministros.

38 Por lo demás, esta interpretación se ve corroborada expresamente tanto por el tenor literal del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/38, según el cual, ésta no se aplicará, en particular, a los contratos o a los concursos de proyectos que las entidades contratantes celebren u organicen para fines distintos de la prosecución de sus actividades mencionadas en el artículo 2, apartado 2, de la misma Directiva, como por la lectura del decimotercer considerando de ésta, el cual aclara que dicha Directiva no deberá aplicarse a las actividades de estas entidades que queden fuera

de los sectores del agua, de la energía, de los transportes o de las telecomunicaciones o que, aun estando en estos sectores, se hallen directamente expuestas a la competencia en mercados cuyo acceso no esté limitado.

39 Habida cuenta de las consideraciones precedentes, procede responder a las dos primera cuestiones planteadas en cada uno de los asuntos principales que cuando una entidad contratante que ejerza alguna de las actividades contempladas específicamente en el artículo 2, apartado 2, de la Directiva 93/38 proyecte, en el ejercicio de la referida actividad, adjudicar un contrato de servicios, de obras o de suministros, o bien organizar un concurso, dicho contrato o concurso se regirá por lo dispuesto en la citada Directiva.

Sobre la tercera cuestión

40 Mediante su tercera cuestión, formulada en términos idénticos en cada uno de los asuntos principales, el órgano jurisdiccional remitente pretende fundamentalmente que se dilucide si está obligado a excluir una disposición de Derecho nacional que establezca, contrariamente al tenor literal del artículo 2, apartado 2, letra c), de la Directiva 93/38, que la puesta a disposición de redes destinadas a prestar un servicio al público en el ámbito del transporte por ferrocarril constituye también una actividad comprendida dentro del sector regulado por dicha Directiva.

41 Esta cuestión se basa en la premisa de que las obras de infraestructura, como las que se cuestionan en el asunto principal, no están comprendidas dentro del ámbito de aplicación material de la Directiva 93/38 dado que, según el órgano jurisdiccional remitente, tales obras deben equipararse a una «puesta a disposición» de redes de

transporte, y que esta actividad no figura entre las que se mencionan expresamente en el artículo 2, apartado 2, letra c), de la referida Directiva.

42 Pues bien, una premisa de esta índole es errónea. Según se ha señalado en el apartado 37 de la presente sentencia, la aplicabilidad de la Directiva 93/38 depende de la actividad que ejerza la entidad contratante de que se trata así como de los vínculos existentes entre esta actividad y el contrato que tenga previsto celebrar la referida entidad.

43 En estas circunstancias, no procede responder a la tercera cuestión.

Costas

44 Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Segunda) declara:

Cuando una entidad contratante que ejerza alguna de las actividades contempladas específicamente en el artículo 2, apartado 2, de la Directiva 93/38/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, proyecte, en el ejercicio de la referida actividad, adjudicar un contrato de servicios, de obras o de suministros, o bien organizar un concurso, dicho contrato o concurso se regirá por lo dispuesto en la citada Directiva.

Firmas